

Sygn. akt: KIO 2728/14

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 5 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Grontmij Polska Sp. z o. o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi ul. Piotrkowska 104. 90-926 Łódź**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Grontmij Polska Sp. z o. o. ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź - Urząd Miasta w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i budowie stadionu miejskiego w ramach przedsięwzięcia pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi wraz z przebudową układu drogowego”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 września 2014 r. pod numerem 2014/S 172-305180.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

11 grudnia 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, w związku z czym 22 grudnia 2014 r. wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania;
- art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp;
- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PM P. Miśkiewicz Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty PM P. M. Sp. z o.o. pomimo tego, że w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wykonawca ten po pierwsze: nie złożył w wyznaczonym terminie przekonujących wyjaśnień, ale dodatkowo z treści udzielonych ogólnikowo wyjaśnień wynika, że przedłożona oferta przez PM P. M. Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania PM P. M. Sp. z o.o. oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty złożonej przez PM P. M. Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Wnosił również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający pismem z 2 stycznia 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp w takiej sytuacji Izba zobowiązana jest umorzyć postępowanie odwoławcze, jeśli do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, albo gdy wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego nie wnieśli sprzeciwu.

Wobec tego na posiedzeniu z udziałem stron Izba zbadała, czy wykonawca PM P., M. Sp. z o.o. spełnił przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp tj. posiadał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone, wniósł przystąpienia do Prezesa Izby w przypisanej formie w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania do przystąpienia i kopii odwołania oraz zachował obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Izba ustaliła, że przystąpienie zostało zgłoszone PM P., M. Sp. z o.o. z uchybieniem terminu ustawowego. Zamawiający informację o wniesieniu odwołania przesłał wykonawcy 19 grudnia 2014 za pośrednictwem poczty elektronicznej. Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło natomiast do Prezesa Izby 24 grudnia 2014 r.

Powołane daty nie są sporne. PM P., M. Sp. z o.o. wywodził, że pismo zamawiającego otrzymał dopiero 22 grudnia 2014 r. na dowód czego złożył do akt wydruk ze swojej poczty elektronicznej, zgodnie z którym do wyświetlenia dokumentu na komputerze odbiorcy doszło 22 grudnia 2014 r. W aktach sprawy znajduje się pozytywny raport z potwierdzający, że mail zamawiającego zawierający wezwanie do przystąpienia oraz kopię odwołania PM P., M. Sp. z o.o. otrzymał 19 grudnia 2014 r. .

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że datą otrzymania kopii odwołania, jest dzień w którym korespondencja została wyświetlona na komputerze odbiorcy. Stanowisko to zmierza w istocie do tego, by pojęcie otrzymania informacji o wniesieniu odwołania rozumieć jako faktyczne zapoznanie się przez odbiorcę korespondencji z jej treścią. Jednak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w padkowym postępowaniu odwoławczym w zakresie dostarczania oświadczeń, co do zasady znajdują zastosowanie reguły ustalanie momentu dostarczania oświadczenia wypracowane na gruncie prawa cywilnego. Izba wyraża pogląd, że datą otrzymania przez wykonawcę oświadczenia zamawiającego przekazywanego za pośrednictwem poczty elektronicznej jest dzień dotarcia oświadczenia do skrzynki poczty elektronicznej wykonawcy, data wprowadzenia pisma do systemu teleinformatycznego (art. 61 § 2 k.c.). Data otrzymania wezwania do przystąpienia i kopii odwołania, jest dniem, w którym wykonawca ma możliwość zapoznania się z treścią pisma zamawiającego (art. 61 k.c.), a nie data w której wykonawca dokonuje otwarcia korespondencji. Dla ustalenia daty otrzymania pisma przez wykonawcę nie może mieć zatem przesądającego znaczenia okoliczność, że korespondencja od zamawiającego została wyświetlona 22 grudnia 2014 r. i dopiero tego dnia PM P., M. Sp. z o.o. przesłał zamawiającemu potwierdzenie przeczytania wiadomości.

W odniesieniu do oświadczeń przekazywanych drogą elektroniczną w ocenie składu orzekającego, znajduje zastosowanie pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 2 października 2002 r., III PZP 17/02 (OSNP 2003, z. 20, poz. 481), w której w odniesieniu do oświadczenia woli przekazanego za pośrednictwem faksu wskazano, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia jest potwierdzona za pomocą wydruku potwierdzającego transmisję pisma. Wydruk ten jest bowiem – podobnie jak recepis pocztowy - traktowany w doktrynie jako tzw. dowód *prima facie*, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata.

Reasumując, Izba uznała, że wobec otrzymania przez PM P., M. Sp. z o.o. wezwania do przystąpienia oraz kopii odwołania 19 grudnia 2014 r., termin na zgłoszenie przystąpienia rozpoczynał się 20 grudnia 2014 r. i kończył swój bieg 22 grudnia 2014 r. Tymczasem przystąpienie wykonawcy wpłynęło w formie pisemnej 24 grudnia 2014 r., a więc po upływie terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia. Terminy przewidziane ustawą w

postępowaniu odwoławczym mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu, zatem PM P., M. Sp. z o.o. nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Pogląd, że wniesienie przystąpienia po upływie terminu 3 dni, oznacza bezskuteczność oświadczenia o zgłoszeniu przystąpienia, a wykonawca, który uchybił terminowi ustawowemu nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego jest jednolicie wyrażany w orzecznictwie Izby. Znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych (postanowienie SO w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r., XIX Ga 169/11, postanowienie SO w Piotrkowie Trybunalskim z 23 maja 2011 r., II Ca 220/11 - Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - M. Stręciwilk red. Zeszyt nr 4, str.103 i 104, tezy 185 i 186).

W sytuacji braku zgodnego z przepisami ustawy przystąpienia po stronie zamawiającego, oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 in initio rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....